



**CONFERENCE DIPLOMATIQUE POUR L'ADOPTION
DU PROJET DE PROTOCOLE PORTANT SUR LES
QUESTIONS SPECIFIQUES AUX BIENS SPATIAUX A
LA CONVENTION RELATIVE AUX GARANTIES
INTERNATIONALES PORTANT SUR DES MATERIELS
D'EQUIPEMENT MOBILES**
Berlin, 27 février / 9 mars 201

UNIDROIT 2012
DCME-PS – Doc. 6 Add. 1
Original: anglais
février 2012

**PROJET DE PROTOCOLE PORTANT SUR LES QUESTIONS SPECIFIQUES
AUX BIENS SPATIAUX A LA CONVENTION RELATIVE AUX GARANTIES
INTERNATIONALES PORTANT SUR DES MATERIELS D'EQUIPEMENT
MOBILES**

*tel qu'arrêté par le Comité d'experts gouvernementaux d'UNIDROIT pour la
préparation d'un projet de Protocole portant sur les biens spatiaux à la
Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels
d'équipement mobiles, à la conclusion de sa cinquième session tenue à Rome du
21 au 25 février 2011, et dont le Conseil de Direction d'UNIDROIT a autorisé la
transmission à une Conférence diplomatique pour son adoption, à sa 90^{ème}
session tenue à Rome du 9 au 11 mai 2011*

OBSERVATIONS

*(soumises par des Gouvernements, des Organisations
et des représentants des communautés internationales financières,
commerciales et des assurances dans le domaine spatial)*

INTRODUCTION

Après les observations sur le texte du projet de Protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (DCME-PS – Doc. 3) (ci-après désigné comme *le projet de Protocole*) qui figurent dans le document DCME-PS – Doc. 6, le Secrétariat d'UNIDROIT a reçu des observations des Gouvernements du Canada et des Etats-Unis d'Amérique qui sont reproduites dans le présent document. Il convient de noter que les observations des Etats-Unis d'Amérique se réfèrent également au projet de Dispositions finales qui pourraient être incorporées dans le projet de Protocole (DCME-PS – Doc. 5) (ci-après désigné *le projet de Dispositions finales*).

OBSERVATIONS ET PROPOSITIONS SOUMISES PAR DES GOUVERNEMENTS

Canada

A l'approche de la Conférence diplomatique visant à adopter un Protocole sur les matériels d'équipement aéronautiques en vertu de la Convention du Cap, le Canada craint que les incidences du Protocole ne soient pas suffisamment claires en matière de droit des traités. Nous souhaitons aborder une question en particulier: le risque de conflits avec le droit interne.

Application de la Convention de Vienne

Il semble y avoir un courant de pensée voulant que les obligations prévues par le Protocole n'aient pas réellement d'incidences sur la façon dont les pays appliquent leur droit interne. En fait, il semble que certains puissent penser que le risque de conflits entre le Protocole et le droit interne soit faible étant donné que le Protocole traite de droit international privé. Il a aussi été entendu que le fait qu'un Etat croit qu'il pourrait y avoir un conflit entre le Protocole et le droit interne ne devrait créer aucun problème en pratique, puisque le droit interne prévaudrait systématiquement. Les délégations qui ont proposé cette évaluation ont indiqué qu'elles ne se considéreraient pas liées par l'article 27 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, qui règle précisément cette question en précisant que le respect du droit interne ne peut justifier la non-exécution des obligations découlant d'un traité. Ces délégations ont affirmé que cette disposition ne s'appliquerait pas parce que la Convention de Vienne ne s'applique pas aux traités dans le domaine du droit international privé.

Le Canada est d'avis que tout accord international régi par le droit international (i.e. pour lequel aucun autre système de règles applicable n'a été identifié) et qui a pour but de lier ses Parties constitue un traité tel que défini par la Convention de Vienne. La Convention de Vienne ne fait pas de distinction entre les traités qui traitent de domaines relevant du droit international public et les domaines de droit international privé. Par conséquent, l'article 27 de la Convention de Vienne s'appliquerait donc aux traités de droit international privé dans la même mesure qu'il s'applique aux autres traités. Selon le Canada, laisser entendre que le Protocole ne serait pas assujéti à l'article 27 ou, d'une manière plus large, à la Convention de Vienne, conduirait à une mauvaise interprétation du droit international.

Par conséquent, si le Protocole qui est présentement négocié devait constituer un traité et non une simple directive ou une loi type, les Etats qui y sont parties ne pourraient pas faire abstraction des obligations qu'il prévoit sans être en défaut, à moins que le contraire ne soit prévu expressément. Les Parties au Protocole seraient tenues, en vertu du droit international, de faire ce que le Protocole exige. Pour certains Etats, ces obligations seront automatiquement incorporées dans leur droit interne par leur seule ratification du Protocole. Pour d'autres, comme le Canada, une loi interne de mise en œuvre doit être adoptée pour donner effet aux obligations prévues par un traité. Dans les deux cas cependant, les Etats seraient toujours liés en vertu du droit international par les obligations contenues dans le Protocole et, en vertu de l'article 27 de la Convention de Vienne, une Partie ne pourrait invoquer son droit interne pour éviter d'être liée par ses obligations internationales.

Risque de conflits avec le droit interne

En raison du caractère obligatoire d'un traité, le risque de conflits avec le droit interne d'une Partie est bien réel. Si le traité exige d'une Partie qu'elle agisse d'une manière qui est

contraire à son droit interne, elle devra choisir si elle enfreint le traité ou si elle enfreint son droit interne. Une telle situation résultera en une violation du droit interne de la Partie ou du droit international.

Les options pratiques sont limitées dans un tel scénario. Un pays qui sait que certains éléments d'un traité sont incompatibles avec certains aspects de son droit interne peut: a) choisir de ne pas être lié par le traité (par exemple en ne le ratifiant pas) afin d'éviter complètement qu'il y ait conflit; b) modifier son droit interne avant la ratification afin de le rendre parfaitement conforme au traité; c) formuler des réserves quant à ses obligations en vertu du traité, lorsque cela est permis.

Dans le cas qui nous intéresse, ni la Convention du Cap ni le Protocole sur les matériels d'équipement aéronautiques ne permettent les réserves. Ils permettent cependant les déclarations en vertu desquelles les pays choisissent d'être liés ou de ne pas être liés par certaines dispositions. Le Protocole peut aussi être rédigé de façon à permettre aux Parties de ne pas appliquer certaines obligations dans certains cas. La différence en pratique réside dans le fait que les déclarations s'appliquent seulement aux Parties qui les font. Par contre, les exceptions prévues expressément par le Protocole n'exigent pas qu'une Partie fasse quelque chose pour s'en prévaloir et elles s'appliquent également à toutes les Parties et non pas seulement à celles de qui émane une déclaration. Comme nous en sommes encore à l'étape des négociations, les deux procédures sont toujours possibles, mais l'une pourrait être préférée à l'autre. Le Canada insiste cependant sur le fait qu'afin d'éviter les conflits sans contrevenir au Protocole ni au droit interne, le Protocole devrait lui-même prévoir un mécanisme permettant aux Parties de faire une déclaration ou de se prévaloir d'une exception.

Le Canada soulève cette question non pas de manière hypothétique, mais parce que nous sommes conscients du risque de conflits réels. Nous avons constaté, par exemple, que l'exercice des mesures en cas d'inexécution des obligations pourrait être interdit, dans certains cas, par nos mesures de contrôle à l'exportation. De même, l'exercice de ces mesures pourrait être interdit, dans certaines situations, par notre droit pénal ou par les exigences applicables en matière d'octroi de licences et de permis dans le domaine des télécommunications. Il ne s'agit que d'exemples car les obligations du Protocole pourraient entrer en conflit avec le droit canadien dans d'autres cas. Nous croyons que ces cas trouveront un écho, dans une certaine mesure, chez d'autres pays participant aux présentes négociations, car nous pensons qu'il y aura un intérêt continu à respecter le droit pénal, les contrôles à l'exportation et les exigences en matière d'octroi de permis et de licences. La présente communication n'a pas pour but d'approfondir la question, plus subjective, de savoir si le projet actuel suffisamment de ces questions. Le Canada souhaite simplement expliquer les raisons de ses préoccupations et exposer notre interprétation de ce que le Protocole devrait être selon le droit des traités.

Finalement, notre compréhension est que le Protocole soit destiné à créer des obligations contraignantes pour les Etats en vertu du droit international. En particulier, nous percevons le Protocole comme étant contraignant pour ses Parties, même si ses dispositions portant sur le fond peuvent aborder des questions de droit international privé gouvernant des relations entre acteurs non étatiques. Nous interprétons ces dispositions comme créant une obligation pour les Parties au Protocole à veiller à ce que leur droit interne permette l'exercice de ces droits et obligations. Nous apprécierions connaître le point de vue des autres délégations sur cette question, incluant les points de vue différents concernant l'applicabilité ou non de la Convention de Vienne.

Etats-Unis d'Amérique

- I. *Observations générales: renvoyer la décision finale*
- II. *Deuxième étape: Commission préparatoire*
- III. *Questions particulières*

I. Observations générales

Nous remercions le Gouvernement allemand, le Ministère de la Justice et l'Agence spatiale allemande, ainsi qu'UNIDROIT et son Secrétariat, d'avoir organisé cette réunion et d'avoir fourni une ample documentation à l'attention des Etats, de l'industrie et autre qui y participent.

Les observations générales de notre Gouvernement s'inscrivent pour l'essentiel dans la même direction que celles qui ont été formulées au début des réunions intergouvernementales tenues à UNIDROIT en mai 2010 et février 2011.

La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (ci-après désignée comme *la Convention*) et son premier Protocole sur le financement aéronautique (ci-après désigné comme *le Protocole aéronautique*), ainsi que le fonctionnement du Registre établi pour mettre en œuvre ce Protocole, ont montré l'effet bénéfique que le financement garanti, lorsqu'il est fondé sur un régime efficace mis en place par un Protocole, peut produire. Nous reconnaissons le rôle actif joué par le Gouvernement hôte et d'autres dans l'élaboration et la mise en œuvre de ce Protocole, ainsi que dans la finalisation du deuxième Protocole à la Convention sur le financement du matériel roulant ferroviaire (ci-après désigné comme *le Protocole ferroviaire*). Le large soutien apporté à ces initiatives par les secteurs commerciaux de ces industries a constitué un élément essentiel du succès de ces deux efforts.

Les Etats-Unis d'Amérique ont une politique claire de soutien au développement des utilisations économiques et commerciales de l'espace extra-atmosphérique. Tout en reconnaissant l'intérêt de départ qui était d'apporter au secteur du financement spatial les bénéfices créés par le Protocole précédent pour l'espace aérien, notre Gouvernement reste très préoccupé du fait que les membres importants du secteur spatial commercial, y compris les nombreux membres de la *Satellite Industry Association* (SIA) ainsi que les sociétés dans d'autres pays qui ont exprimé des préoccupations similaires, continuent de penser que l'approche suivie dans le projet de Protocole n'aboutit pas à de tels bénéfices et que ce dernier ne devrait pas être conclu maintenant. Nous croyons que cela nécessite une étude plus approfondie et l'élaboration des effets économiques du projet de Protocole. En l'absence de soutien suffisant des parties prenantes de l'industrie, il est prématuré d'adopter ce projet de Protocole. Les Etats-Unis d'Amérique ont soutenu ce point de vue lors des réunions de mai 2010 et de février 2011 et continuent de le faire.

Pour obtenir des objectifs économiquement utiles, s'il devenait à l'avenir opportun d'adopter un tel projet de Protocole, il serait important lorsque cela est possible de suivre l'approche qui a été la clé du succès du Protocole aéronautique. Il est également important d'éviter d'adopter des dispositions du Protocole qui auraient un effet dissuasif sur le financement garanti et que ne connaissent pas actuellement d'autres formes de financement de biens spatiaux.

En outre, les Etats-Unis d'Amérique estime important que le projet de Protocole évite de placer des contraintes sur les droits nationaux en matière de réglementation et d'octroi de licences, ainsi que sur le contrôle des exportations et des transferts de technologie.

Dans le contexte de la position générale de notre Gouvernement sur le projet de Protocole, nous proposons des observations à caractère technique en vue d'améliorer l'efficacité de l'instrument en tant que financement du crédit pour garantir son adoption lorsque l'industrie y apportera son soutien massif.

II. La deuxième étape: Commission préparatoire

Nous pensons qu'il est important de prendre exemple sur le processus qui a mené au succès de l'élaboration du Protocole aéronautique, et dont nous pensons qu'il pourrait probablement aussi être suivi pour ce projet de Protocole. Le Protocole aéronautique et le Protocole ferroviaire, combinés à la Convention, ont fournis un cadre opérationnel pour la seconde phase, déterminée pour chacun de ces Protocoles dans des Résolutions des Conférences diplomatiques respectives. Ces Résolutions prévoyaient la mise en place d'une Commission préparatoire formelle d'Etats (généralement autour de 20 Etats avec possibilités pour d'autres de participer) avec des conseillers de l'industrie pour mener à bien la deuxième phase, à savoir la mise en place d'un nouveau système d'inscription et la nomination d'une Autorité de surveillance pour le Registre .

L'Autorité de surveillance peut être soit désignée par la Conférence diplomatique, soit choisie par la Commission préparatoire conformément aux Résolutions de la Conférence (cette dernière modalité est probable étant donné que quelle que soit l'entité qui sera préférée elle aura sa propre procédure d'approbation qui ne sera probablement pas fixée pour la fin de la Conférence diplomatique). La Commission préparatoire établie pour le Protocole aéronautique a par exemple choisi une Autorité de surveillance (l'OACI) qui a ensuite confirmé le choix d'un Conservateur sur la base d'une procédure de sélection menée par la Commission.

Les travaux au sein de la Commission préparatoire impliqueraient les Etats participant à la négociation ainsi que des experts en matière de registre, des représentants du secteur industriel et de la pratique commerciale, et détermineraient les modalités du système d'inscription en vue de mettre en œuvre les règles et définitions générales tant de la Convention du Cap que des Protocoles. Les définitions générales ont besoin d'être élaborées de façon détaillée lors de la deuxième étape de façon compatible avec la programmation informatique qui soient fonctionnelles d'un point de vue financier.

Sur le plan pratique, le Registre des matériels d'équipement ne pourra être efficace que pour les aspects de la catégorie de biens couverte par un Protocole pour lesquels l'inscription et les recherches informatiques seront réalisables. La souplesse nécessaire pour la deuxième phase avait été nécessaire pour le Protocole aéronautique et le serait également pour le Registre des biens afin qu'il puisse intégrer les évolutions affectant les pratiques en matière d'inscription, de désignations techniques et de techniques contractuelles et financières

Ce n'est donc qu'une fois que la deuxième phase aura été achevée et que le nouveau Registre sera mis en ligne que la plupart des Etats et le secteur professionnel pourront véritablement juger de l'efficacité et des coûts du nouveau système de financement et déterminer leur éventuel appui au Protocole.

III. Questions particulières

a) définitions

Des concepts tels que "bien spatial" (articles 1(2)(I), VII and XXX) doivent rester généraux dans le projet de Protocole, de façon à ce que des définitions plus détaillées puissent être rédigées s'agissant de l'inscription et des critères de recherche lorsque le système d'inscription et l'infrastructure électronique seront établis dans un deuxième temps. Voir le point II ci-dessus.

b) *Champ d'application*

En définitive, nous sommes favorables à étendre le champ du projet de Protocole à partir du moment où le bien est susceptible d'une individualisation suffisante, de façon que l'inscription et les critères de recherche puissent s'appliquer avant le lancement. Ceci, lié à l'inscription des garanties futures tout comme le prévoient les Protocoles précédents, pourra fournir la flexibilité nécessaire pour couvrir à l'avenir de nouvelles pratiques de financement. L'application simultanée possible de deux ou plusieurs systèmes de droit du financement n'a pas été vue comme un problème pour le financement aéronautique envisagé par le Protocole aéronautique. Les parties peuvent aujourd'hui inscrire des droits dans différents systèmes d'inscription ainsi que cela se fait dans d'autres formes de financement garanti. Cela dit, nous sommes ouverts à d'autres idées sur la question.

c) *Financement des composants – article XVII*

Afin d'accroître la valeur potentielle du projet de Protocole, nous pensons en définitive que le financement de composants devrait y être prévu. La notion de droits garantis et le rang des droits concurrents fondé sur leur antériorité et perfectionné par l'inscription dans le registre, devraient s'appliquer aussi bien au financement de biens tels que des satellites, qu'au financement de composants, sur lesquels il est justifié, compte tenu de leur valeur, que les institutions de crédit cherchent à obtenir des garanties.

Les questions de priorités qui peuvent se poser entre des garanties portant sur des biens distincts mais physiquement reliés tels qu'un véhicule satellite et des charges utiles ou des composants embarqués qui fournissent des capacités de communication par exemple, sont aujourd'hui systématiquement résolues par des accords entre créanciers. Rien n'impose de modifier cet usage dans la pratique du financement. En examinant cette question, nous avons conclu qu'une solution supplétive créerait une complexité inutile et ne serait guère susceptible d'être acceptée par les participants du marché.

Nous recommandons de supprimer les Variantes B et C de l'article XVII(3). Dans les cas improbables et rares où les parties conviendraient de couvrir les composants et le financement de ces composants sans conclure d'accords entre créanciers, ces parties assumeraient alors les risques de ne pas préciser leurs droits.

d) *Prescriptions nationales en matière de licence, de technologie ou de contrôle d'exportation, et autres prescriptions du système réglementaire – article XXVI*

Le libellé de l'article XXVI et des dispositions y afférentes telles que l'article XX devrait être revu afin d'assurer que les régimes nationaux réglementaires et en matière de licence seront préservés sans qu'aucune déclaration ne soit nécessaire à cet effet, et que les dispositions du projet de Protocole ne constituent pas un fondement pour invoquer le non respect de ces régimes.

En ce qui concerne l'alinéa a) du paragraphe 2 du texte alternatif de l'article XXVI, et indépendamment des questions de rédaction, on pourrait prévoir la possibilité pour un Etat de réglementer la constitution, mais aussi l'opposabilité d'une garantie, ce qui pourrait être utile pour les Etats qui exercent une telle faculté.

e) *Service public – article XXVII*

Nous continuons de recommander la suppression de cette disposition. L'obligation d'assurer la continuité du service public appartient en général à l'entité qui fournit le service et/ou aux autorités réglementaires de l'Etat qui délivre la licence, ainsi que le prévoit l'article XXVII(2) du projet de Protocole. Nous notons qu'une définition de ce qui constitue un "service public" n'a toujours pas été formulée. Il n'existe en général pas de semblable limitation à la mise en œuvre des droits pour les sources de financement existant actuellement pour ce secteur, ce qui n'a pas empêché le développement des activités commerciales de l'espace. Par exemple, le crédit bancaire alloué sur la base du bilan de la société et des projections des revenus d'exploitation, qui constitue aujourd'hui la principale source du financement du secteur privé pour les activités spatiales, ne serait pas affecté par le projet de Protocole. Il est donc probable que de nouveaux types d'obstacles à la mise en œuvre des mesures qui seraient imposés au financement garanti pourraient rendre celui-ci non compétitif puisque ces obstacles n'existeraient pas pour les autres modes de financement. Nous sommes sensibles aux efforts faits pour formuler des approches alternatives qui seront examinées, mais nous notons que des contraintes devront écarter celles qui diminuent ou retardent la réparation du préjudice.

f) *Droits des assureurs au titre du sauvetage portant sur les revenus et du sauvetage portant sur le bien*

Nous rejoignons les partisans de la suppression des dispositions des paragraphes 4 et 5 de l'article IV. Cela serait dans la ligne du Protocole aéronautique, qui ne traite pas des relations entre les droits au sauvetage des assureurs et d'autres droits et garanties. Cela laisserait ces questions au *status quo ante*, de sorte que les priorités des garanties des assureurs et des droits des créanciers garantis seraient réglés par la loi applicable, comme c'est le cas actuellement sans le projet de Protocole. Nous recommandons d'ajouter une disposition prévoyant que le présent Protocole ne porte pas atteinte aux droits des assureurs en vertu de la loi applicable en matière de sauvetage portant sur les revenus et de sauvetage portant sur le bien, et qui nous semble être demandée par les milieux de l'assurance spatiale.

g) *Entrée en vigueur et applicabilité du système d'inscription*

L'article C du projet de dispositions finales et les dispositions du projet de Protocole portant sur l'établissement du Registre, ainsi que les Résolutions de la Conférence diplomatique concernant la Commission préparatoire, devraient préciser deux points qui sont liés. En premier lieu, le futur Protocole n'entrera pas en vigueur aussi longtemps que le Registre n'est pas déclaré opérationnel selon une autorité déterminée, même si le nombre requis d'Etats parties a été atteint ; deuxièmement, le futur Protocole ne s'appliquera qu'aux catégories de droits et de biens pour lesquels les critères d'inscription et de recherche auront été approuvés et sont opérationnels. Cela est nécessaire pour éviter un décalage entre le moment où le futur Protocole s'appliquerait et celui où les parties concernées pourraient effectuer une inscription ou une recherche portant sur des droits ou garanties pour toute catégorie donnée de bien ou de droit, en vue d'établir leur rang. La suppression des parenthèses dans le texte de l'article I(2)(i) serait appropriée en vue d'une telle précision.

Ces questions ont été précisées en partie pour le Protocole ferroviaire, par exemple en conditionnant l'application du Protocole à une déclaration d'une entité certifiant que le Registre est opérationnel, et en exigeant en outre que la certification repose en partie sur une évaluation que le volume d'opérations et d'inscriptions faites par les Etats ayant ratifié le futur Protocole sera suffisant pour que le Registre soit économiquement viable.

h) Définition des relations avec le Protocole aéronautique – article II(3)

La disposition qui traite d'un risque de chevauchement entre les deux Protocoles devrait prévoir que si un bien relève du Protocole aéronautique, alors celui-ci devra s'appliquer. Le Protocole aéronautique compte maintenant plus de cinquante Etats parties, et les droits qu'il recouvre sont d'une importance qui exige une telle certitude.

Le futur Commentaire pourrait être utile en donnant comme simple orientation des exemples de biens qui sont généralement entendus comme relevant du champ du projet de Protocole et ne seraient pas soumis au Protocole aéronautique, tels que certains véhicules de lancements réutilisables et des véhicules pouvant effectuer des opérations spatiales indépendantes du lancement et du retour mais ne pourraient pas accomplir de vols soutenus dans l'atmosphère. Le futur Commentaire pourrait également préciser qu'un passage limité à travers l'espace aérien pour la mise en opération fonctionnelle d'un satellite dans l'espace ne déclenche pas l'application du Protocole aéronautique.

i) Mesures en cas d'insolvabilité – article XXI

Au vu de la résolution de l'OCDE dans le cadre de la version révisée de l'accord sectoriel sur les aéronefs civils (ASU) concernant le financement sous l'empire de la Convention, nous recommandons maintenant de supprimer la Variante B de cette disposition. Les Etats parties au futur Protocole pourraient conserver la possibilité d'appliquer leur droit national sur ce point, puisque le choix de la Variante A restante resterait facultatif.

Il est instructif que l'OCDE ait limité les taux minimum de primes de crédits à l'exportation au titre de la convention du Cap aux seuls Etats bénéficiaires qui auront choisi la Variante A. La raison en est que la Variante B n'augmente pas la valeur du crédit. Il est également instructif que presque tous les Etats parties à la Convention qui recherchent des avantages au plan du financement par ce régime, aient choisi la Variante A, qui est devenue une constante. Des dispositions semblables sont contenues dans la Variante A du projet de Protocole.

Les Etats-Unis se réservent la possibilité de compléter ces observations et de soumettre à la Conférence d'autres recommandations éventuelles, sur le fond ou de rédaction.